



**ANTE EL HONORABLE TRIBUNAL ARBITRAL ESTABLECIDO CONFORME AL
CAPÍTULO XI DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE
(TLCAN)**

**FIREMAN'S FUND INSURANCE COMPANY,
DEMANDANTE**

C.

**ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
DEMANDADA**

CASO CIADI NO. ARB(AF)/02/1

ESCRITO SOBRE CUESTIONES PRELIMINARES DE COMPETENCIA

CONSULTOR JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:
Hugo Perezcano Díaz

ASISTIDO POR:

Secretaría de Economía
Máximo Romero Jiménez
Salvador Behar

Thomas & Partners
J. Christopher Thomas
J. Cameron Mowatt
Rolando García

Shaw Pittman LLP
Stephan E. Becker
Sanjay Mullick

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA	2
	A. La competencia del Tribunal está definida por el sometimiento de las partes contendientes al arbitraje	2
	B. El capítulo XIV crea un régimen especial para la solución de controversias inversionista-Estado en materia de servicios financieros.....	5
III.	RELACIÓN DE HECHOS.....	10
	A. Autoridades competentes	10
	B. Marco normativo aplicable	11
	C. Antecedentes de Grupo Financiero Bancrecer (1992 a 2000)	13
	D. La emisión de las obligaciones subordinadas	15
	E. La medida reclamada en este procedimiento	17
	F. El “capital para efectos regulatorios”	19
	G. Durante todo el periodo relevante la inversión de la demandante cumplió con la normatividad específica de la entidad regulatoria competente que establece que las obligaciones subordinadas de conversión forzosa en acciones deben contabilizarse como capital	20
IV.	ARGUMENTO JURÍDICO.....	25
	A. Principios de interpretación	25
	B. Las medidas reclamadas están regidas por el capítulo XIV	27
	1. Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V. es una institución financiera para los efectos del capítulo XIV del TLCAN	27
	2. La obligaciones subordinadas de conversión forzosa en acciones son una “inversión” de acuerdo con la definición específica establecida en el artículo 1416.....	28
	C. Conclusión	30
V.	PETICIÓN	31

ESCRITO SOBRE CUESTIONES PRELIMINARES DE COMPETENCIA

I. INTRODUCCIÓN

1. México objeta la competencia del Tribunal para conocer las reclamaciones por supuestas violaciones a los artículos 1102 (Trato Nacional), 1105 (Nivel Mínimo de Trato) y 1405 (Trato Nacional) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en lo sucesivo el “TLCAN”) de conformidad con el artículo 46 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo el “Reglamento de Arbitraje”). En virtud de que las medidas objeto de la reclamación de la demandante están reguladas exclusivamente por el capítulo XIV del TLCAN, el Tribunal carece de competencia *ratione materiae* y debe desecharlas. Sin perjuicio que pueda oponer cualesquier otras excepciones de conformidad con las reglas aplicables, México no objeta, sobre estas bases, la competencia del Tribunal para conocer del fondo de la controversia por lo que se refiere a la reclamación de violación al artículo 1110 (Expropiación e indemnización) del tratado.

2. Los capítulos XI y XIV disponen que sólo el capítulo XIV es aplicable a las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte relativas a los inversionistas de otra Parte y a las inversiones de esos inversionistas en instituciones financieras establecidas en territorio de la primera. Por consiguiente, sólo el capítulo XIV rige las reclamaciones por supuestos incumplimientos a los preceptos que éste contiene.

3. El objeto de la reclamación en este caso es precisamente una medida relativa a un inversionista de otra Parte —Fireman’s Fund Insurance Co.— y una inversión de ese inversionista —obligaciones subordinadas forzosamente convertibles en acciones— en una institución financiera establecida en territorio de México —Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V. El artículo 1401(2) del tratado tiene aplicación y acota las obligaciones que un inversionista de otra Parte puede válidamente invocar al someter una reclamación a arbitraje.

4. Según se explica con mayor detalle más adelante, esa acotación de las obligaciones que pueden invocarse a través del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado en materia de servicios financieros es congruente con la forma como el TLCAN trata un sector de vital importancia para las tres Partes signatarias del tratado. Para las Partes del TLCAN los servicios financieros son una materia tan importante, distinta y especializada, que establecieron sus obligaciones respectivas en un capítulo específico, en lugar de incorporarla al régimen general previsto en los capítulos XI (Inversión) y XII (Comercio transfronterizo de servicios), respectivamente.

II. EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA

A. La competencia del Tribunal está definida por el sometimiento de las partes contendientes al arbitraje

5. Un tribunal arbitral sólo tiene competencia para resolver aquellas disputas que las partes contendientes han acordado que puede resolver:

El arbitraje es un proceso consensual. Ello significa que..., como sus facultades derivan del acuerdo de arbitraje, los árbitros deben respetar el mandato de las partes sobre el alcance de la materia que está dentro de su misión...¹

6. Redfern y Hunter lo establecen en los siguientes términos:

Un tribunal sólo puede determinar válidamente aquellas disputas que las partes han acordado que debe resolver. Esta regla es una consecuencia correcta e inevitable de la naturaleza voluntaria del arbitraje. En el arbitraje consensual, la autoridad o competencia del tribunal arbitral deriva del acuerdo de las partes; en efecto, no existe otra fuente de la que pueda proceder. Son las partes las que dotan al que es, en esencia, un tribunal privado, de la autoridad para decidir las disputas entre ellas; y el tribunal debe tener cuidado de actuar dentro de los términos de su autoridad. La regla a este efecto está expresada de diversas maneras. Algunas veces se dice que un tribunal arbitral debe conformarse a la misión que le ha sido encomendada; o que no debe exceder su mandato; o que debe actuar dentro de sus términos de referencia, competencia o autoridad. Otra manera de expresar la regla (la que se sigue en este libro) es manifestar que un tribunal arbitral no debe exceder los límites de su jurisdicción (utilizado este término en el sentido de mandato, competencia o autoridad).²

1. R-0863. Reisman, Craig, Park, Paulsson: *International Commercial Arbitration Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*. The Foundation Press, (New York, 1997), p. 1174:

Arbitration is a consensual process. This means that...because they derive their powers from the arbitration agreement, arbitrators must respect the parties' mandate as to the scope of the subject matter falling within their mission...

2. R-0867. Cfr. Redfern and Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell (London, 1999), p. 260:

An arbitral tribunal may only validly determine those disputes that the parties have agreed that it should determine. This rule is an inevitable and proper consequence of the voluntary nature of arbitration. In consensual arbitration, the authority or competence of the arbitral tribunal comes from the agreement of the parties; indeed, there is no other source from which it can come. It is the parties who give to what is essentially a private tribunal the authority to decide disputes between them; and the arbitral tribunal must take care to stay within the terms of this authority. The rule to this effect is expressed in several different ways. Sometimes it is said that an arbitral tribunal must conform to the mission entrusted to it; or that it must not exceed its mandate; or that it must stay within its terms of reference, competence or authority. Another way of expressing the rule (which is followed in this book) is to state that an arbitral tribunal must not exceed its jurisdiction (this term being used in the sense of mandate, competence or authority).

7. Aunque el arbitraje previsto en el TLCAN y el arbitraje privado difieren, la naturaleza de ambos es esencialmente consensual. En efecto, el artículo 1121 exige, como condición previa al sometimiento de una reclamación a arbitraje, que el inversionista contendiente y, en su caso, la empresa en representación de la cual aquel presente una reclamación consientan en someterse al arbitraje en términos de los procedimientos establecidos en el tratado. Las Partes del TLCAN, por su parte, ofrecieron consentir en someterse a arbitraje sólo en los términos previstos en el tratado, según dispone el artículo 1122.

8. Las Partes del TLCAN no consintieron someter al arbitraje inversionista-Estado todas las disputas que pudieren surgir al amparo del TLCAN. Según lo establecen con toda claridad los artículos 1116 y 1117, la gran mayoría de las obligaciones del TLCAN no están sujetas al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

9. El Tribunal establecido al amparo del TLCAN en el caso *Marvin Roy Feldman c. Los Estados Unidos Mexicanos* advirtió:

El Tribunal ha tomado debida nota de los alegatos respectivos de las partes, y observa que su competencia conforme al artículo 1117(1)(a) del TLCAN, que ha servido de sustento en este arbitraje, sólo se limita a reclamaciones que surjan de un supuesto incumplimiento de una obligación conforme a la sección A del capítulo XI del TLCAN.

10. El Tribunal además manifestó:

...el TLCAN, en efecto una parte específica del TLCAN, proporciona el marco normativo conforme al cual el Tribunal puede ejercer su autoridad jurisdiccional...³

11. De tal manera, para conocer de una reclamación presentada por un inversionista privado de que una Parte ha violado sus obligaciones establecidas en el TLCAN, el tribunal debe cerciorarse de que tiene competencia *ratione materiae*. En otras palabras, la reclamación debe confinarse a la materia de la oferta de la Parte del TLCAN demandada para someterse a arbitraje.

12. Por lo general, esta obligación requiere que el Tribunal asegure que la reclamación recaea sobre el conjunto cerrado de disposiciones establecidas en la sección A del capítulo XI, y no en otro capítulo del tratado. Sin embargo, si, como en este caso, la reclamación concierne a una inversión en una institución financiera, el capítulo XIV limita aún más la competencia material del Tribunal.

13. Ello es esencial para la competencia del Tribunal. Como se precisará más adelante, de conformidad con el capítulo XIV del TLCAN, tratándose de medidas relativas a inversionistas y sus inversiones en instituciones financieras en territorio mexicano, México consintió en someterse al arbitraje inversionista-Estado sólo en los casos en que se alegue que México ha violado los artículos 1109 al 1111, 1113 y 1114. México no consintió, y no consiente, en someter al arbitraje inversionista-Estado las reclamaciones que versen sobre medidas relativas a una inversión en una institución financiera, sustentadas en supuestas violaciones a preceptos que

3. R-0896-0897. *Marvin Roy Feldman Karpa c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Decisión Interlocutoria, párrafos 61 y 62. Véase también el laudo en el caso *Robert Azinian y otros c. Los Estados Unidos Mexicanos*, párrafos 81 y 82, R-0924.

no están incorporados en el capítulo XIV del TLCAN a través del artículo 1401(2), como es el caso de los artículos 1102 y 1105. Tampoco consintió, y no consiente, en someterse a arbitraje conforme a las disposiciones de los artículos 1115 al 1138, incorporadas en el capítulo XIV, respecto de reclamaciones sustentadas en supuestas violaciones al artículo 1405, puesto que el recurso al mecanismo inversionista-Estado está explícitamente excluido.

14. Las Partes del TLCAN han otorgado su consentimiento para someterse a arbitraje en los términos del artículo 1122:

1. Cada una de las Partes [del TLCAN] consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado.

[Énfasis propio]

15. Un inversionista tampoco puede consentir en someter una reclamación a arbitraje más que con apego a los procedimientos establecidos en el TLCAN. El artículo 1121 establece:

Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si:

a) consiente en someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado...

[Énfasis propio]

16. El artículo 1122 añade:

2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 [que establece el consentimiento de las Partes del TLCAN] y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirá con los requisitos señalados en:

(a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario que exigen el consentimiento por escrito de las partes;

(b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito; y

(c) el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo.

17. Al respecto, el Tribunal Arbitral en el caso *Waste Management c. Los Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No ARB(AF)/98/2), establecido al amparo del capítulo XI del TLCAN y el Mecanismo Complementario del CIADI, sostuvo:

a. El consentimiento al arbitraje de las partes implicadas

§16 Los elementos esenciales que componen la institución del arbitraje son la existencia de un conflicto de intereses y un acuerdo de voluntades o un mandato legal, en virtud del cual se origina la constitución del Tribunal de Arbitraje. Esta aseveración constata la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes cuya expresión se realiza a través del consentimiento de someter determinadas

disputas al procedimiento arbitral. Por ello, del consentimiento al arbitraje efectuado por las partes depende la completa eficacia de esta institución.

A tenor de esta afirmación, este Tribunal considera necesario analizar, aunque sólo sea brevemente, el tratamiento que el Capítulo XI del TLCAN otorga al consentimiento de las partes a la hora de someter una reclamación a arbitraje de acuerdo con el procedimiento de solución de controversias en él establecido.

El artículo 1122 del TLCAN en su apartado primero dispone lo siguiente:

“Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado.”

Del tenor literal de este artículo se entiende, a los efectos que nos interesan, que el cumplimiento, entre otros, de los requisitos establecidos en el artículo 1121 se traducirá en el consentimiento de las partes suscriptoras del Tratado al mecanismo de solución de controversias establecido en el Capítulo XI, Sección B del TLCAN.

[Énfasis propio, cursivas en el original]

18. La competencia del Tribunal está definida, pues, por el sometimiento de las partes contendientes al arbitraje, de conformidad con los términos establecidos en el tratado. En materia de inversiones en el sector financiero, México sólo ha consentido en someterse al arbitraje inversionista-Estado en forma limitada, y la competencia de este Tribunal está restringida en esa medida.

B. El capítulo XIV crea un régimen especial para la solución de controversias inversionista-Estado en materia de servicios financieros

19. El capítulo XI establece las disciplinas generales del tratado en materia de inversión. En forma similar, el capítulo XII establece las disciplinas generales en materia de comercio transfronterizo de servicios. El capítulo XIV establece un régimen especial en materia de inversión en instituciones financieras y servicios financieros transfronterizos.

20. El artículo 1401 (Servicios Financieros - Ámbito de aplicación) prevé:

1. El presente capítulo se refiere a las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte relativas a:
 - (a) instituciones financieras de otra Parte;
 - (b) inversionistas de otra Parte e inversiones de esos inversionistas en instituciones financieras en territorio de la Parte; y
 - (c) el comercio transfronterizo de servicios financieros.

Por su parte, el artículo 1101 (Inversión – Ámbito de aplicación) —que establece que el capítulo XI aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a inversionistas de otra Parte y las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte, entre otras— dispone:

3. Este capítulo no se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte en la medida en que estén comprendidas en el Capítulo XIV, “Servicios financieros”.

[Énfasis propio]

De forma similar, el artículo 1201 (Comercio transfronterizo de servicios - Ámbito de aplicación) —que aplica a las medidas que una Parte adopte o mantenga sobre el comercio transfronterizo de servicios que realicen los prestadores de servicios de otra Parte— establece:

2. Este capítulo no se refiere a:
 - a) los servicios financieros, tal como se definen en el Capítulo XIV, “Servicios Financieros”...

[Énfasis propio]

21. De tal manera, si una medida está regida por el capítulo XIV, entonces no aplican en absoluto los capítulos XI y XII, respectivamente, y viceversa. Los capítulos XI y XII, por un lado, y el capítulo XIV, por el otro, son excluyentes entre sí. No existe traslape o aplicación simultánea de unos y otro respecto de la misma medida.

22. Debe advertirse que el capítulo XIV refleja esta estructura de manera expresa, puesto que incorpora en forma precisa ciertas disposiciones del capítulo XI, haciéndolas parte integrante de sí mismo. En otras palabras, es el propio capítulo XIV, no el capítulo XI, el que, por virtud de una incorporación de ciertas disposiciones —no una mera remisión— regula la materia de inversión en el sector financiero de forma integral. Por consiguiente, ni siquiera en este caso existe un traslape entre uno y otro capítulos o una aplicación simultánea de ambos respecto de la misma medida.

23. Podría asistir al Tribunal observar las siguientes similitudes y diferencias entre ambos capítulos. El cuadro 1 lista las disposiciones sustantivas y del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado contenidas en cada capítulo (se indican con cursivas las disposiciones del capítulo XI que han sido incorporadas al capítulo XIV por virtud del artículo 1401(2), y con un asterisco aquellas que han sido incorporadas sólo en relación con determinadas disposiciones sustantivas, de acuerdo con el mismo artículo).

Cuadro 1

Disposiciones sustantivas del capítulo XI	Disposiciones sustantivas del capítulo XIV⁴
Artículo 1101: Ámbito de aplicación	Artículo 1401: Ámbito de aplicación

4. El capítulo XIV también incorpora el artículo 1211 (Denegación de beneficios) del capítulo XII.

Disposiciones sustantivas del capítulo XI	Disposiciones sustantivas del capítulo XIV ⁴
	Artículo 1402: Organismos reguladores
	Artículo 1403: Derecho de establecimientos de instituciones financieras.
	Artículo 1404: Comercio transfronterizo
Artículo 1102: Trato nacional	Artículo 1405: Trato nacional
Artículo 1103: Trato de nación mas favorecida	Artículo 1406: Trato de nación mas favorecida
Artículo 1104: Nivel de Trato	
Artículo 1105: Nivel Mínimo de Trato	
Artículo 1106: Requisitos de desempeño	
	Artículo 1407: Nuevos servicios financieros y procesamiento de datos
Artículo 1107: Altos ejecutivos y consejos de administración	Artículo 1408: Altos ejecutivos y consejos de administración.
Artículo 1108: Reservas y excepciones	Artículo 1409: Reservas y compromisos específicos
Artículo 1109: Transferencias	<i>Artículo 1109: Transferencias</i>
Artículo 1110: Expropiación e indemnización	<i>Artículo 1110: Expropiación e indemnización</i>
Artículo 1111: Formalidades especiales y requisitos de información	<i>Artículo 1111: Formalidades especiales y requisitos de información</i>
Artículo 1112: Relación con otros capítulos	
Artículo 1113: Denegación de beneficios	<i>Artículo 1113: Denegación de beneficios</i>
Artículo 1114: Medidas relativas a medio ambiente	<i>Artículo 1114: Medidas relativas a medio ambiente</i>
	Artículo 1410: Excepciones
	Artículo 1411: Transparencia
Artículo 1115: Objetivo	<i>Artículo 1115: Objetivo*</i>
Artículo 1116: Reclamación del inversionista de una Parte, por cuenta propia	<i>Artículo 1116: Reclamación del inversionista de una Parte, por cuenta propia*</i>
Artículo 1117: Reclamación del inversionista de una Parte, en representación de una empresa	<i>Artículo 1117: Reclamación del inversionista de una Parte, en representación de una empresa*</i>
Artículo 1118: Solución de una reclamación mediante consulta y negociación	<i>Artículo 1118: Solución de una reclamación mediante consulta y negociación*</i>
Artículo 1119: Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje.	<i>Artículo 1119: Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje*</i>
Artículo 1120: Sometimiento de la reclamación al arbitraje	<i>Artículo 1120: Sometimiento de la reclamación al arbitraje*</i>
Artículo 1121: Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral	<i>Artículo 1121: Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral*</i>
Artículo 1122: Consentimiento al arbitraje	<i>Artículo 1122: Consentimiento al arbitraje*</i>
Artículo 1123: Número de árbitros y método de	<i>Artículo 1123: Número de árbitros y método de</i>

Disposiciones sustantivas del capítulo XI	Disposiciones sustantivas del capítulo XIV⁴
nombramiento	<i>nombramiento*</i>
Artículo 1124: Integración del tribunal en caso de que una Parte no designe árbitro o las partes contendientes no logren un acuerdo en la designación del presidente del tribunal arbitral	<i>Artículo 1124: Integración del tribunal en caso de que una Parte no designe árbitro o las partes contendientes no logren un acuerdo en la designación del presidente del tribunal arbitral*</i>
Artículo 1125: Consentimiento para la designación de árbitros	<i>Artículo 1125: Consentimiento para la designación de árbitros*</i>
Artículo 1126: Acumulación de procedimientos	<i>Artículo 1126: Acumulación de procedimientos*</i>
Artículo 1127: Notificación	<i>Artículo 1127: Notificación*</i>
Artículo 1128: Participación de una Parte	<i>Artículo 1128: Participación de una Parte*</i>
Artículo 1129: Documentación	<i>Artículo 1129: Documentación*</i>
Artículo 1130: Sede del procedimiento arbitral	<i>Artículo 1130: Sede del procedimiento arbitral*</i>
Artículo 1131: Derecho aplicable	<i>Artículo 1131: Derecho aplicable*</i>
Artículo 1132: Interpretación de los anexos	<i>Artículo 1132: Interpretación de los anexos*</i>
Artículo 1133: Dictámenes de expertos	<i>Artículo 1133: Dictámenes de expertos*</i>
Artículo 1134: Medidas provisionales de protección	<i>Artículo 1134: Medidas provisionales de protección*</i>
Artículo 1135: Laudo definitivo	<i>Artículo 1135: Laudo definitivo*</i>
Artículo 1136: Definitividad y ejecución del laudo	<i>Artículo 1136: Definitividad y ejecución del laudo*</i>
Artículo 1137: Disposiciones generales	<i>Artículo 1137: Disposiciones generales*</i>
Artículo 1138: Exclusiones	<i>Artículo 1138: Exclusiones*</i>

* El artículo 1401(2) dispone: “Los Artículos 1115 a 1138, se incorporan a este capítulo y forman parte integrante del mismo sólo para el caso en que una Parte incumpla con los Artículos 1109 a 1111, 1113 y 1114, en los términos de su incorporación a este capítulo.

24. El capítulo XIV se concibió como un capítulo integral respecto de la materia de servicios financieros. Los siguientes puntos lo ilustran, según indica el cuadro 1:

- a) Ambos capítulos contienen disposiciones cuyo objeto es otorgar el mismo tipo de derechos, aunque cada uno las exprese en términos específicos: ambos contienen obligaciones correlativas sobre “trato nacional”, “trato de nación más favorecida” y “altos ejecutivos y consejos de administración”.
- b) Cada capítulo contiene ciertas disposiciones que le son aplicables de manera exclusiva: el capítulo XI incluye disposiciones sobre “nivel de trato” (el mejor trato entre trato nacional y trato de nación más favorecida), “nivel mínimo de trato” y “requisitos de desempeño”, que el capítulo XIV no contiene; el capítulo XIV incluye disposiciones referentes a “organismos reguladores autónomos”, “derecho de establecimiento de instituciones financieras”, “comercio transfronterizo”, “nuevos servicios financieros y procesamiento de datos” y “transparencia”, que el capítulo XI no contiene.
- c) Ambos capítulos contienen disposiciones idénticas, como resultado de la incorporación por referencia al capítulo XIV de cinco artículos de la sección A

del capítulo XI: “transferencias” (artículo 1109), “expropiación e indemnización” (artículo 1110), “formalidades especiales y requisitos de información” (artículo 1111), “denegación de beneficios” (artículo 1113) y “medidas relativas a medio ambiente” (artículo 1114)⁵.

- d) Respecto de la solución de controversias, ambos capítulos están sujetos al mecanismo entre Estados previsto en el capítulo XX del tratado; pero para efectos del capítulo XIV, el artículo 1414 prevé ciertas particularidades, congruente con la naturaleza especial de las controversias en materia financiera.
- e) En cuanto al arbitraje inversionista-Estado, un demandante puede, en general, invocar todas las obligaciones de la sección A del capítulo XI. Sin embargo, si se trata de una reclamación relativa a una inversión en una institución financiera, rige únicamente el capítulo XIV, acorde con lo señalado. El artículo 1401(2) incorpora expresamente toda la sección B del capítulo XI (las disposiciones que establecen y regulan el procedimiento inversionista-Estado), pero con la importante reserva de que esas disposiciones “se incorporan... sólo para el caso de que una Parte incumpla los artículos 1109 a 1111, 1113 y 1114, en los términos de su incorporación” al capítulo XIV. En otras palabras, un inversionista en una institución financiera sólo puede recurrir al procedimiento de solución de controversias inversionista-Estado respecto de aquellas disposiciones del capítulo XI que han sido expresamente incorporadas al capítulo XIV, y no puede invocar ninguna de las obligaciones restantes del capítulo XI o del capítulo XIV en tal procedimiento. Un inversionista tampoco puede invocar el artículo 1211, incorporado también en el capítulo XIV, a través del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

25. De la clara estructura de ambos capítulos se desprende que, si la inversión de la demandante fue en una institución financiera en México, la reclamación está regulada por el capítulo XIV, y no por el capítulo XI. Por lo tanto, tres de las cuatro reclamaciones están fuera de la competencia *ratione materiae* del Tribunal⁶.

26. En los términos del artículo 1122, según quedó incorporado en el capítulo XIV, para el caso de medidas relativas a inversionistas de otra Parte e inversiones de esos inversionistas en instituciones financieras en territorio mexicano, México únicamente ha consentido en someterse a arbitraje en los términos de los procedimientos previstos en los artículos 1115 al 1138, sólo para el caso en que se alegue que México ha violado los artículos 1109 al 1111, 1113 y 1114, en los términos de su incorporación en el capítulo XIV. El consentimiento exigido por el artículo 1121 al inversionista de una Parte en instituciones financieras en territorio de otra Parte tiene que

5. El capítulo XIV también comparte una disposición idéntica con el capítulo XII por virtud de su incorporación: “denegación de beneficios” (artículo 1211).

6. Cuando se trata de medidas tributarias de una Parte, el recurso de los inversionistas al mecanismo previsto en la sección B del capítulo XI está acotado de manera similar. El artículo 2103 dispone que, cuando un reclamante alegue que una medida tributaria viola el capítulo XI, no puede invocar, por ejemplo, el artículo 1105 (Nivel mínimo de trato). Tampoco puede invocar el artículo 1110 (Expropiación e indemnización), si las autoridades fiscales de la Parte del TLCAN demandada y de la Parte de la cual el inversionista es nacional determinan que la medida reclamada no es una expropiación.

estar dado en los mismos términos, esto es, con apego a los procedimientos establecidos en los artículos 1115 al 1138, sólo para el caso que se alegue una violación a los artículos 1109 al 1111, 1113 y 1114 en los términos en que quedaron incorporados en el capítulo XIV.

III. RELACIÓN DE HECHOS

27. Para los propósitos de la excepción que se opone en este escrito únicamente, la demandada no disputa los hechos aseverados por la demandante en su aviso de arbitraje fechado el 30 de octubre de 2001. Para los mismos propósitos y en atención a la solicitud del Presidente Tribunal en la primera sesión celebrada el 22 de julio de 2002, la demandada proporciona la siguiente relación de hechos. La demandada no pretende hacer una relación de hechos exhaustiva, y se reserva el derecho de complementarla o modificarla a la luz de la que la demandada incluya en su escrito de demanda.

A. Autoridades competentes

28. El **Banco de México** es el banco central de la nación, persona de derecho público con carácter autónomo. Tiene como finalidad primordial el proveer de moneda nacional a la economía del país. En la consecución de esa finalidad su objetivo prioritario es procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional. Adicionalmente, tiene por propósito promover el sano desarrollo del sistema financiero y propiciar el buen funcionamiento del sistema de pagos.

29. La **Secretaría de Hacienda y Crédito Público** (en lo sucesivo la “SHCP”), es una dependencia del Poder Ejecutivo Federal. Entre sus principales facultades está la de definir las políticas del gobierno federal en materia fiscal, de gasto público, financiera, crediticia, bancaria, monetaria, de divisas y de precios, y de tarifas de bienes y servicios del sector público.

30. La **Comisión Nacional Bancaria y de Valores** (en lo sucesivo la CNBV) es la autoridad encargada de supervisar y regular, en el ámbito de su competencia⁷, a las entidades financieras —incluidas las sociedades controladoras de grupos financieros—, a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo del sistema financiero en su conjunto, en protección de los intereses del público⁸. De acuerdo con la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (en lo sucesivo la “LRAF”) y la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (en lo sucesivo la “Ley de la CNBV”), las sociedades controladoras de grupos financieros están sujetas a la inspección y vigilancia de la CNBV, cuando la actividad de la entidad financiera preponderante del grupo esté dentro del ámbito de competencia de la Comisión⁹.

7. La ley establece otra comisión supervisora en materia financiera, pero con competencia diversa: la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

8. R-0519-0523. Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de abril de 1995 y modificada subsecuentemente en diversas ocasiones.

9. R-0442-0443. Artículo 30 de la LRAF. R-0519. Artículos 2, 3, fracción IV, y 4 de la Ley de la CNBV.

31. La Ley de la CNBV la faculta para emitir la regulación prudencial a la que se sujetarán las entidades financieras respectivas; las normas de registro de operaciones que les resultarán aplicables; y las reglas para la estimación de los activos y, en su caso, de las obligaciones y responsabilidades de las entidades financieras, entre otras. La LRAF, en específico, faculta a la CNBV para emitir las reglas a las que deberá ajustarse la contabilidad de los grupos financieros¹⁰. En ejercicio de estas facultades, la CNBV ha emitido diversas disposiciones a través de las cuales ha dado a conocer los criterios contables que deben observar las sociedades controladoras de grupos financieros.

B. Marco normativo aplicable

32. El 18 de julio de 1990, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la LRAF, que establece el régimen aplicable a los grupos financieros en México. La LRAF ha sido reformada subsecuentemente en diversas ocasiones, aunque ninguna de las reformas repercute en los hechos que aquí se describen para los efectos de la excepción que se presenta. La LRAF tiene por objeto regular las bases de organización y funcionamiento de los grupos financieros, establecer los términos conforme a los cuales habrán de operar, así como la protección de los intereses de quienes celebren operaciones con los integrantes de dichos grupos¹¹.

33. La LRAF requiere que los grupos financieros estén integrados, en todos los casos, por una sociedad controladora —sociedad anónima que en todo tiempo detendrá la titularidad de por lo menos el 51% del capital social pagado y el control de cada uno de los demás integrantes del grupo¹²— y algunas de las siguientes entidades financieras: almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero, casas de cambio, instituciones de fianzas, instituciones de seguros, sociedades financieras de objeto limitado, casas de bolsa, instituciones de banca múltiple, así como sociedades operadoras de sociedades de inversión y administradoras de fondos para el retiro. Para conformarse como tal, el grupo financiero requiere incluir, además de la sociedad controladora, dos tipos diferentes de las siguientes entidades financieras: instituciones de banca múltiple, casas de bolsa o instituciones de seguros; o bien, tres tipos diferentes de todas las entidades financieras listadas (con excepción de las administradoras de fondo para el retiro)¹³.

34. Los grupos financieros, para constituirse y operar, requieren obtener la autorización de la SHCP, que la otorgará o negará oyendo la opinión del Banco de México y de las Comisiones Nacionales Bancaria y de Valores o de Seguros y Fianzas, según corresponda, en función de los integrantes del grupo que pretenda constituirse¹⁴.

35. La LRAF sujeta a las sociedades controladoras a la inspección y vigilancia, es decir, a la supervisión, de la CNBV o la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, en función de la entidad financiera preponderante en el grupo, según lo determine la SHCP: Si la entidad financiera

10. R-0442-0443. Artículo 30 de la LRAF.

11. R-0427. Artículo 1 de la LRAF.

12. R-0431-0432. Artículos 15 y 16 de la LRAF.

13. R-0429. Artículo 7 de la LRAF.

14. R-0429. Artículo 6 de la LRAF.

preponderante es una institución de banca múltiple o una casa de bolsa, entonces la comisión supervisora será la CNBV; si es una institución de seguros, entonces será la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. La contabilidad del grupo financiero, es decir, de la controladora y las subsidiarias, debe sujetarse a las reglas que emita la comisión supervisora correspondiente. La comisión supervisora podrá, además, emitir reglas de carácter prudencial para evitar la transmisión de riesgos entre las integrantes del grupo financiero y de las subsidiarias con la sociedad controladora¹⁵.

36. De conformidad con estas disposiciones, el 24 de septiembre de 1992 la entonces Comisión Nacional Bancaria, hoy CNBV, expidió la Circular No. 1158 dirigida a las sociedades controladoras bajo su supervisión, que contiene el “Catálogo de Cuentas, Reglas de Agrupación y Modelos de Estados Financieros” a los que las sociedades controladoras de grupos financieros debían ajustar el registro contable de sus operaciones y la presentación de sus estados financieros¹⁶. Esta circular estuvo vigente hasta el 1 de enero de 1998, fecha en que entró en vigor la Circular No. 1384 de la CNBV (de fecha 14 de diciembre de 1997), que estableció los criterios contables aplicables a las sociedades controladoras de grupos financieros sujetos a la inspección y vigilancia de esa comisión¹⁷. Esta circular estuvo vigente, a su vez, hasta el 1 de enero de 2000, fecha en que entró en vigor la circular 1456¹⁸.

37. La LRAF establece limitaciones a las sociedades controladoras para contraer pasivos y para dar en garantía sus propiedades. En el caso de emisión de obligaciones, el artículo 23 de la LRAF exige que éstas sean subordinadas y de conversión forzosa a títulos representativos de su capital social —acciones—, que se obtenga la autorización del Banco de México para llevar a cabo la emisión y que se ajusten a las disposiciones del artículo 64 de la Ley de Instituciones de Crédito (en lo sucesivo la “LIC”)¹⁹. El artículo 64 de la LIC precisa el carácter de deuda subordinada: dispone que, en caso de liquidación o concurso mercantil de la sociedad emisora, el pago de las obligaciones subordinadas se hará a prorrata después de cubrir todas las demás deudas de la institución, pero antes de repartir a los titulares de las acciones el haber social. También dispone que la emisión se hará constar ante la CNBV y que se requerirá la autorización del Banco de México para pagarlas anticipadamente. Por lo demás, las obligaciones se rigen por

15. R-0442-0443. Artículo 30 de la LRAF.

16. R-0524. Circular No. 1158 dirigida a las sociedades controladoras de grupos financieros sujetos a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de fecha 24 de septiembre de 1992.

17. R-0525-0647. Circular No. 1384 dirigida a las sociedades controladoras de grupos financieros sujetos a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de fecha 14 de noviembre de 1997.

18. R-0648-0747. Circular No. 1456.

19. R-0374-0426. La LIC se publicó en el Diario Oficial de la Federación el mismo día que la LRAF —también ha sido reformada subsecuentemente en diversas ocasiones, aunque las reformas no repercuten en los hechos que aquí se describen para los efectos de la excepción que se presenta. Tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito, las operaciones que las mismas podrán realizar, la protección de los intereses del público, y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano. La LIC distingue dos tipos de instituciones de crédito a través de las cuales se prestan los servicios de banca y crédito en México: las instituciones de banca múltiple (mejor conocidas como banca comercial) y las instituciones de banca de desarrollo —que son empresas de participación estatal mayoritaria, establecidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito con el objeto de apoyar el desarrollo de actividades productivas en ciertos sectores de la economía nacional. Véase los artículos 2, 9, 30, 46 y 47.

la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que establece el régimen general aplicable a las obligaciones como títulos de crédito²⁰.

C. Antecedentes de Grupo Financiero Bancrecer (1992 a 2000)

38. El 19 de agosto de 1992, se constituyó la sociedad anónima denominada Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V. (GF Bancrecer)²¹ como sociedad controladora regida por la LRAF²². De acuerdo con los estatutos sociales, GF Bancrecer participaría en el capital social de diversas entidades financieras²³. Adoptó el siguiente objeto social:

A. Adquirir y administrar acciones emitidas por instituciones de seguros y fianzas, casas de bolsa, almacén general de depósito, arrendadora financiera, empresa de factoraje financiero, casa de cambio, sociedades operadoras de sociedades de inversión, institución de crédito y cualquier otra clase de asociaciones o entidades financieras y de sociedades que determine la SHCP con base en lo establecido en la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

B. Adquirir valores y emitir y girar toda clase de Títulos de Crédito, aceptarlos y endosarlos, incluyendo obligaciones subordinadas de conversión forzosa a títulos representativos de su capital social. Lo anterior, de conformidad con la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y con las reglas que, de conformidad con dicha Ley determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

C. Adquirir en propiedad o en arrendamiento toda clase de bienes muebles o inmuebles, así como derechos reales sobre ellos, que sean necesarios o convenientes para la realización de su objeto social.

D. Obtener créditos a corto plazo en los términos y bajo los supuestos previstos en la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

E. En general realizar y celebrar toda clase de actos, contratos y operaciones conexos, accesorios o accidentales, que sean necesarios o convenientes para la realización de los objetos anteriores, así como aquellas operaciones y actividades previstas en la Ley para

20. R-0448-0518. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Título Primero, Capítulo V.

21. En su aviso de arbitraje del 30 de octubre de 2001, la demandante se refiere a ella como “Grupo Financiero”.

22. R-0001-0047. Escritura pública No. 26,686 de fecha 19 de agosto de 1992. Por escritura No. 44,599 de fecha 26 de marzo de 1993, se hizo constar la protocolización del acta de Asamblea General extraordinaria de accionistas de Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V., en la que se resolvió la modificación de su denominación para quedar como Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V.

23. R-0004. Artículo segundo de los estatutos sociales incluidos en la escritura pública No. 26,686 de fecha 19 de agosto de 1992, p. 4. Inicialmente GF Bancrecer participó en el capital social de tres entidades financieras: Arrendadora Financiera Bancrecer, S.A. de C.V., Organización Auxiliar de Crédito, Banco de Crédito y Servicio, S.A., Institución de Banca Múltiple y Factoraje Bancrecer, S.A. de C.V., Organización Auxiliar de Crédito. Posteriormente participó en el capital social de otras entidades financieras que se incorporaron al grupo financiero (algunas de las cuales se desincorporaron subsecuentemente).

Regular las Agrupaciones Financieras, sujetándose en todo caso a las disposiciones de carácter general que, en su caso, emita la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.²⁴

[Énfasis propio]

39. El 29 de octubre de 1992, la SHCP autorizó, de conformidad con el artículo 6 de la LRAF, la constitución y funcionamiento del grupo financiero integrado por GF Bancrecer como sociedad controladora, Banco de Crédito y Servicio, S.A., Institución de Banca Múltiple (en lo sucesivo “Banco Bancrecer”) y dos organizaciones auxiliares del crédito, Arrendadora Financiera Bancreser, S.A. de C.V. y Factoraje Bancreser, S.A. de C.V., en los términos siguientes:

ARTICULO PRIMERO.- En uso de la facultad que el artículo 6o. de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras confiere a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se otorga autorización a Grupo Financiero Bancreser, S.A. de C.V., para constituirse y funcionar como grupo financiero.

ARTICULO SEGUNDO.- La denominación de la Sociedad Controladora del grupo financiero será Grupo Financiero Bancreser, S.A. de C.V.

ARTICULO TERCERO.- La sociedad controladora tendrá por objeto adquirir y administrar acciones emitidas por los integrantes del grupo financiero.

ARTICULO CUARTO.- La sociedad controladora será propietaria en todo tiempo, de acciones que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento del capital pagado de cada uno de los integrantes del grupo financiero.

ARTICULO QUINTO.- El grupo financiero estará integrado por la sociedad controladora y por las entidades financieras siguientes:

- 1.- Arrendadora Financiera Bancreser, S.A. de C.V., Organización Auxiliar del Crédito.
- 2.- Banco de Crédito y Servicio, S.A., Institución de Banca Múltiple.
- 3.- Factoraje Bancreser, S.A. de C.V., Organización Auxiliar del Crédito.

ARTICULO SEXTO.- El capital social de la sociedad controladora será de \$530,000'000,000.00 (quinientos treinta mil millones de pesos 00/100) Moneda Nacional.

El capital fijo sin derecho a retiro asciende a la suma de \$100,000'000,000.00 (Cien mil millones de pesos 00/100) Moneda Nacional.

El capital variable será de \$430,000'000,000.00 (cuatrocientos treinta mil millones de pesos 00/100) Moneda Nacional.

ARTICULO SEPTIMO.- El domicilio de la sociedad controladora será la Ciudad de México, Distrito Federal.

24. R-0004-0005. Id., artículo cuarto de los estatutos sociales, p. 4.

ARTICULO OCTAVO.- La sociedad controladora estará sujeta a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria.

ARTICULO NOVENO.- Por su propia naturaleza esta autorización es intransmisible.²⁵

[Énfasis propio]

40. La SHCP subsecuentemente modificó en diversas ocasiones la autorización otorgada a GF Bancrecer para constituirse y operar como grupo financiero, debido a cambios en la denominación de la sociedad, incorporación y desincorporación de entidades financieras al grupo financiero y modificaciones en el capital social de la sociedad. Durante todo el periodo relevante, el grupo financiero estuvo conformado por GF Bancrecer como sociedad controladora, y diversas entidades financieras dedicadas a la banca comercial, factoraje financiero, arrendamiento financiero, operación de valores, etc.

D. La emisión de las obligaciones subordinadas

41. Mediante comunicaciones enviadas al Banco de México el 23 y 30 de agosto y 14 de septiembre de 1995, GF Bancrecer solicitó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la LRAF, autorización para realizar dos emisiones de obligaciones subordinadas forzosamente convertibles en títulos representativos del capital social de la propia controladora: una hasta por un monto de 500 millones de pesos y otra hasta por un monto de 50 millones de dólares de los Estados Unidos de América. Mediante comunicaciones S21/8541 y 8542, respectivamente, del 15 de septiembre del mismo año, el Banco de México otorgó la autorización solicitada, sujeta a la observancia de una serie de lineamientos y condiciones que se sintetizan a continuación:²⁶

- a) ambas emisiones se destinarían al fortalecimiento de la estructura financiera y a la expansión del GF Bancrecer;
- b) para el caso de las obligaciones en pesos el monto ascendería a 500 millones de pesos y en el caso de las obligaciones en dólares el monto ascendería a 50 millones de dólares;
- c) la vigencia del crédito sería de 5 años (1848 días);
- d) las obligaciones serían colocadas a través de oferta pública, en varias exhibiciones;
- e) las obligaciones serían forzosamente convertibles en acciones de GF Bancrecer a la fecha de su vencimiento;
- f) a partir del cuarto año de la emisión, los tenedores de las obligaciones tendrían la opción de solicitar la conversión anticipada de los títulos que detentaran;

25. R-0048-0049. Resolución de la SHCP del 29 de octubre de 1992, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero de 1993.

26. R-0050-0055. Oficio de fecha 15 de septiembre de 1995 de Banco de México al GF Bancrecer.

- g) por su parte, la sociedad emisora se reservaría el derecho de convertir los títulos anticipadamente en cualquier momento, previa autorización del Banco de México²⁷.

42. El 20 de septiembre de 1995, GF Bancrecer realizó la emisión de las dos series de obligaciones forzosamente convertibles en acciones representativas de la serie “L” de su capital social, en los términos de los artículos 23 de la LRAF y 64 de la LIC²⁸:

- a) la primera, denominada GFCRECE 95L, por un monto de 500 millones de nuevos pesos²⁹, con una vigencia de cinco años a partir del 22 de septiembre de 1995 y que concluiría el 12 de octubre de 2000³⁰;
- b) la segunda, denominada GFCRECE 95L-D, por un monto de 50 millones de dólares, que serían liquidadas en pesos al tipo de cambio vigente calculado de acuerdo con las disposiciones del acta de emisión, e igualmente con una vigencia a partir del 22 de septiembre de 1995 y que concluiría el 12 de octubre de 2000³¹.

43. El nombre de cada emisión indica las características esenciales de las obligaciones:

- a) “Obligaciones Subordinadas Convertibles Forzosamente en Títulos Representativos del Capital de Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V., Serie “L” (GFCRECE 95L)”;
- y
- b) “Obligaciones Subordinadas Denominadas en Dólares Estadounidenses Convertibles Forzosamente en Títulos Representativos del Capital de Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V., Serie “L” (GFCRECE 95L-D)”³².

44. De acuerdo con cada acta de emisión, los elementos fundamentales de las obligaciones son:

- **Deuda:** se trata de deuda contraída por la sociedad emisora (GF Bancrecer) mediante declaración unilateral de la voluntad, según lo establecen los artículos 23 de la LRAF

27. R-0050-0055. Id.

28. El acuerdo para emitir las obligaciones fue tomado en la Asamblea General extraordinaria de accionistas de fecha 29 de agosto de 1995. Cf. el párrafo 13 del aviso de arbitraje de la demandante del 30 de octubre de 2001.

29. Con el objetivo de simplificar el manejo de cantidades en moneda nacional, por decreto del 18 de junio de 1992 se creó una nueva unidad del Sistema Monetario de los Estados Unidos Mexicanos, equivalente a mil pesos de la unidad monetaria anterior. Para distinguirla de la anterior unidad monetaria a la nueva unidad se le antepuso, transitoriamente, el adjetivo “nuevo”, el cual se eliminó a partir de 1996 por decreto publicado en el DOF el 15 de noviembre.

30. R-0088. Acta de Emisión de Obligaciones Subordinadas Convertibles Forzosamente en Títulos Representativos del Capital del Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V., Serie “L” GFCRECE 95L, de fecha 20 de septiembre de 1995.

31. R-0109. Acta de Emisión de Obligaciones Subordinadas Denominadas en Dólares Estadounidenses Convertibles Forzosamente en Títulos Representativos del Capital del Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V., Serie “L” GFCRECE 95L-D, de fecha 20 de septiembre de 1995.

32. Cf. el párrafo 13 del aviso de arbitraje de la demandante del 30 de octubre de 2001.

y 64 de la LIC, y la declaración IX de acta de emisión. La cláusula novena de cada una establece la forma para determinar el monto de los intereses y las fechas de pago.

- **Subordinada**: en caso de liquidación o concurso mercantil, el pago de las obligaciones se hará después de cubrir todas las demás deudas de la sociedad emisora, pero antes de repartir a los accionistas el haber social, según lo disponen las cláusulas sexta y décimo novena del acta de emisión y el artículo 64 de la LIC.
- **Conversión forzosa en acciones**: las obligaciones son indefectiblemente convertibles en acciones representativas del capital social de la sociedad emisora al término de la vigencia (12 de octubre de 2000), según prevé el artículo 23 de la LRAF y la cláusula décima de cada acta de emisión. Se previó que las obligaciones serían convertibles en acciones de la serie “L”, representativas del capital social de GF Bancrecer. De acuerdo con los estatutos sociales, las acciones serie “L” eran acciones preferentes (*i.e.* con derecho a un dividendo preferente) pero de voto limitado (artículo séptimo de los estatutos sociales). GF Bancrecer se reservó el derecho de convertir anticipadamente las obligaciones en acciones en cualquier tiempo (cláusula décimo segunda del acta de emisión respectiva) y estableció la opción a favor de los tenedores de las obligaciones para requerir la conversión a partir del cuarto año de vigencia de la emisión (cláusula décimo primera del acta de emisión respectiva). La cláusula décima de cada acta de emisión también dispuso los términos para determinar el número y valor de las acciones serie “L” que correspondería por la conversión.

45. El 29 de septiembre de 1995, Fireman’s Fund Insurance Company compró la totalidad de las obligaciones subordinadas GFCRECE 95L-D denominadas en dólares (en lo sucesivo, las “obligaciones subordinadas 95L-D”)³³.

46. GF Bancrecer registró las operaciones en sus estados financieros como capital —a partir del Estado de Contabilidad al 30 de septiembre de 1995— acorde con las disposiciones emitidas por la CNBV para tal efecto³⁴.

E. La medida reclamada en este procedimiento

47. El 7 de julio de 1999, la demandante solicitó a GF Bancrecer obtener la autorización del Banco de México para que la sociedad controladora adquiriera la totalidad de las obligaciones subordinadas 95L-D de que era tenedora³⁵. En atención a esa solicitud, el 16 de julio de 1999 GF Bancrecer remitió al Banco de México copia de la comunicación de la demandante de fecha 7 de

33. R-0165. Carta del Grupo Financiero BanCreceer No. 499425 de fecha 29 de septiembre de 1995. Cf. el párrafo 14 del aviso de arbitraje de la demandante del 30 de octubre de 2001.

34. R-0199-0373. Estados financieros para los ejercicios fiscales de 1995 a 1999.

35. R-0174-0175. Carta de fecha 7 de julio de 1999 de Fireman’s Fund Insurance Company (en lo sucesivo (“Fireman’s”), a través de su Vicepresidente y Tesorero Harold N. Marsh al GF Bancrecer.

julio de 1999. Solicitó al Banco de México que “se acuerde lo conducente para atender la solicitud en cuestión”³⁶

48. El 16 de agosto de 1999, el Banco de México negó a GF Bancrecer la solicitud de pagar anticipadamente las obligaciones subordinadas 95L-D³⁷. Manifestó que, conforme a la LIC, el Banco de México únicamente podía autorizar pagos anticipados que tuvieran por objeto procurar la captación de recursos o regular la celebración de operaciones en los términos más adecuados a la situación del mercado o del sistema, situación que no se presentaba en el caso de GF Bancrecer³⁸.

49. Desde 1997 tanto GF Bancrecer como Banco Bancrecer —la principal subsidiaria de GF Bancrecer³⁹— venían sufriendo problemas financieros⁴⁰. El 3 de noviembre de 1999 los accionistas de GF Bancrecer celebraron dos asambleas generales, una ordinaria y otra extraordinaria. En la asamblea general ordinaria se aprobaron los estados financieros de la sociedad al 31 de diciembre de 1998 —que reportaron un déficit en el capital contable a esa fecha por 654,606,000 pesos⁴¹—; se expuso que el saneamiento, recapitalización y reestructura de Banco Bancrecer implicaba la necesidad de hacer aportaciones sustanciales de capital y que los accionistas de GF Bancrecer no habían ejercido su derecho de hacerlas; y se acordó absorber las pérdidas de la sociedad por 5,730’804,000 pesos, acreditándolas contra cuentas de capital y resultados, con lo cual el capital social en libros tendría que reducirse a cero. En la asamblea extraordinaria los accionistas de GF Bancrecer acordaron por unanimidad de votos disolver anticipadamente la sociedad y ponerla en liquidación⁴².

36. R-0176. Carta de fecha 16 de julio de 1999 del GF Bancrecer al Gobernador del Banco de México.

37. Véase el párrafo 26 del aviso de arbitraje de la demandante del 30 de octubre de 2001.

38. R-0410-0412. Artículo 106 de la LIC, vigente al emitirse la negativa:

A las instituciones de crédito les estará prohibido:

...

XV. Pagar anticipadamente, en todo o en parte, obligaciones a su cargo derivadas de depósitos bancarios de dinero, prestamos o créditos, bonos, obligaciones subordinadas o reportos.

...

XIX. ...El Banco de México podrá autorizar, mediante reglas generales, excepciones a lo dispuesto en las fracciones I y II de este artículo, con vistas a propiciar el buen funcionamiento del sistema de pagos, y a lo previsto en las fracciones XI a XVIII a fin de procurar la captación de recursos por las instituciones o regular la celebración de operaciones, en los términos más adecuados a la situación del mercado o del sistema bancario.

39. Cf. el párrafo 15 del aviso de arbitraje de la demandante del 30 de octubre de 2001.

40. Cf. el párrafo 16 del aviso de arbitraje de la demandante del 30 de octubre de 2001.

41. R-0333-0352. Estados financieros auditados al 31 de diciembre de 1998. En los estados financieros auditados para los ejercicios fiscales de 1998 y 1999 la cifra se actualizó a 740,314,000 pesos para reconocer los efectos de la inflación (R-0353-0373. Estados financieros auditados al 31 de diciembre de 1998 y 1999. Véase la nota 2).

42. R-1207-1220 y R-0180-0198. Actas de Asambleas Generales Ordinaria y Extraordinaria de accionistas de GF Bancrecer de fecha 3 de noviembre de 1999.

50. De acuerdo con las respectivas actas de emisión de las obligaciones subordinadas, el 12 de octubre de 2000 procedió la conversión forzosa de las obligaciones subordinadas en acciones serie “L” de GF Bancrecer⁴³.

F. El “capital para efectos regulatorios”

51. El tratamiento en materia financiera de ciertos tipos de deuda como capital tiene su origen en las discusiones del Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria (en lo sucesivo el “Comité de Basilea”) para establecer un marco que permitiera fortalecer el sistema financiero internacional dotándolo de solidez y estabilidad. Como resultado de sus trabajos, el Comité de Basilea —integrado por representantes de los bancos centrales y autoridades financieras supervisoras de los países del Grupo de los Diez⁴⁴ y Luxemburgo— se adoptó el Acuerdo de Basilea sobre la Convergencia Internacional de Medición de Capital y Normas del Capital (en lo sucesivo el “Acuerdo de Basilea”), cuyo principal objetivo es evaluar la suficiencia del capital de los bancos en función de los riesgos crediticios y de otro tipo.

52. El Acuerdo de Basilea dispone que el componente fundamental del capital de los bancos es el que está representado por acciones ordinarias pagadas y sus reservas declaradas. Sin embargo, reconoce que existen otros componentes importantes y legítimos de la estructura de capital de los bancos, el llamado capital complementario, que puede estar integrado por (i) reservas no declaradas; (ii) reservas por revaluación de activos; (iii) aportaciones generales libremente disponibles de manera que pueden acreditarse contra pérdidas futuras; (iv) instrumentos híbridos que combinan características de capital y de deuda, en la medida en que guardan una similitud cercana con las acciones, especialmente al estar disponibles para enfrentar pérdidas sin que ello conlleve la liquidación de la entidad —por ejemplo, en Estados Unidos, los instrumentos de deuda forzosamente convertibles en acciones—; y (v) la deuda subordinada con un vencimiento de por lo menos cinco años⁴⁵. Es así como el Acuerdo de Basilea define “capital para efectos regulatorios”.

53. México no está representado en el Comité de Basilea ni participó en la elaboración del Acuerdo de Basilea, pero ha adoptado sus principios —el propio Acuerdo de Basilea señala fue circulado a las autoridades financieras supervisoras en todo el mundo con el propósito de fomentar su adopción en países fuera del G-10 respecto de bancos que realizan negocios internacionales sustanciales⁴⁶— y regula la estructura de capital de los bancos de acuerdo con los referidos principios.

43. R-0115-0118. Cláusula Décima del Acta de Emisión de Obligaciones Subordinadas Denominadas en Dólares Estadounidenses Convertibles Forzosamente en Títulos Representativos del Capital del Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V., Serie “L” GFCRECE 95L-D, de fecha 20 de septiembre de 1995 (R-0088) y del Acta de Emisión de Obligaciones Subordinadas en pesos Convertibles Forzosamente en Títulos Representativos del Capital del Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V., Serie “L” GFCRECE 95L, de fecha 20 de septiembre de 1995 (R-00109).

44. Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, los Países Bajos, Suecia, Suiza, el Reino Unido y los Estados Unidos de América. México no es parte del Comité de Basilea.

45. R-0789-0793. Acuerdo de Basilea: Informe del Comité de Supervisión Bancaria sobre la Convergencia Internacional de Medición de Capital y Normas del Capital, julio de 1988, pp. 4 a la 7.

46. R-0786. Id, párrafo 2, p. 1.

54. El Acuerdo de Basilea fue diseñado para su aplicación en bancos, y no aborda específicamente los riesgos a nivel de las sociedades controladoras. Sin embargo, el Comité de Basilea reconoció los cambios que estaban dándose en las estructuras de propiedad de los bancos y la posición de éstos en conglomerados financieros y manifestó que era una preocupación asegurar que tales estructuras no fuesen a debilitar la estructura del capital de los bancos o exponerlos a riesgos surgidos de otros integrantes del grupo⁴⁷.

55. En los Estados Unidos de América, la Junta de Gobierno del Sistema de la Reserva Federal (en lo sucesivo “la Junta de Gobierno de la Reserva Federal”) —la entidad reguladora de las sociedades controladoras de bancos—, exige que las sociedades controladoras fortalezcan a sus instituciones bancarias subsidiarias. En consecuencia, congruente con los principios del Acuerdo de Basilea, la Junta de Gobierno de la Reserva Federal ha expedido la normatividad que rige la suficiencia de capital de las sociedades controladoras de bancos. De acuerdo con esta normatividad, la Junta de Gobierno de la Reserva Federal trata como capital la deuda subordinada forzosamente convertible, es decir, la trata como capital para efectos regulatorios⁴⁸.

56. El Nuevo Acuerdo de Capital de Basilea —que deberá implementarse a partir de 2004— señala que su ámbito de aplicación se extenderá para que incluya, en forma totalmente consolidada, a las sociedades controladoras que son sociedades matrices de grupos bancarios, para asegurar que todos los riesgos del grupo bancario estén comprendidos⁴⁹.

G. Durante todo el periodo relevante la inversión de la demandante cumplió con la normatividad específica de la entidad regulatoria competente que establece que las obligaciones subordinadas de conversión forzosa en acciones deben contabilizarse como capital

57. La inversión identificada por la demandante en este caso es en obligaciones subordinadas forzosamente convertibles en acciones, emitidas por GF Bancrecer el 20 de septiembre de 1995, registradas como GFCRECE 95L-D⁵⁰. De acuerdo con la legislación aplicable, las obligaciones son bonos o instrumentos de deuda que representan la participación individual de sus tenedores en un crédito colectivo constituido a cargo de la sociedad emisora⁵¹. Se trata de un crédito único a cargo de la sociedad emisora, pero fraccionado en títulos que representan la participación de cada uno de sus tenedores en él.

58. Una de las modalidades que pueden adquirir las obligaciones es que sean convertibles en acciones representativas del capital social de la sociedad emisora. Esta modalidad se desprende de la propia naturaleza del crédito como instrumento de financiamiento.

47. R-0788. Id, párrafo 10, p. 3.

48. R-0816-0859. *12 Code of Federal Regulations Part 225 Appendix A*.

49. R-0814-0815. Nuevo Acuerdo de Capital de Basilea, enero de 2001, párrafo 2, p. 1.

50. R0107-0127. Acta de emisión de Obligaciones Subordinadas Denominadas en Dólares Estadounidenses Convertibles Forzosamente en Títulos Representativos del Capital del Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V., Serie “L” GFCRECE 95L-D (20 de septiembre de 1995).

51. R0477. Artículo 208 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

59. Como ya se mencionó, por disposición de la LRAF, las sociedades controladoras enfrentan importantes limitaciones para contraer pasivos⁵² y sólo les está permitido emitir obligaciones que sean forzosamente convertibles en acciones, como mecanismo para lograr su consolidación y crecimiento, con objeto de que la sociedad pueda capitalizarse.

60. La CNBV ha emitido las reglas a las que las sociedades controladoras de grupos financieros en los que la entidad financiera preponderante es una institución de banca múltiple deben sujetar su contabilidad. Con fundamento en el artículo 30 de la LRAF, el 24 de septiembre de 1992 la entonces Comisión Nacional Bancaria, hoy CNBV, expidió el “Catálogo de Cuentas, Reglas de Agrupación y Modelos de Estados Financieros” a los que las sociedades controladoras de grupos financieros debían ajustar el registro contable de sus operaciones y la presentación de sus estados financieros. El catálogo clasifica las cuentas de activos en la decena que inicia con el grupo 11; los pasivos, en la que inicia con el grupo 21; y el capital, en la que inicia con el grupo 41. Las obligaciones subordinadas de conversión obligatoria a capital están contempladas en el grupo 42, como una cuenta de capital, no como un pasivo. Igualmente, el modelo de balance general las contempla bajo el rubro de capital contable, no bajo el de pasivos⁵³.

61. El 14 de noviembre de 1997 la CNBV expidió la circular 1384, que entró en vigor el 1 de enero de 1998, en la que estableció los criterios contables aplicables a las sociedades controladoras de grupos financieros sujetos a la inspección y vigilancia de la CNBV⁵⁴. Esta circular, que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1999, también contemplaba las obligaciones subordinadas de conversión forzosa a capital, como una cuenta del capital contribuido, dentro del capital contable. El criterio “B-5” disponía:

Reglas de presentación

La presentación en el balance general de los diferentes conceptos integrantes del capital contable deberá hacerse incluyendo en primer lugar los que forman parte del capital contable contribuido, seguido de los que forman el capital ganado.

52. R-0434-0435. Ley para Regular a las Agrupaciones Financieras.
Artículo 23.

...

La Controladora sólo podrá contraer pasivos directos o contingentes, y dar en garantía sus propiedades cuando se trate del convenio de responsabilidades a que se refiere el artículo 28 de esta Ley; de las operaciones con el Fondo Bancario de Protección al Ahorro o con el fondo de protección y garantía previsto en la Ley del Mercado de Valores, y con autorización del Banco de México, tratándose de la emisión de obligaciones subordinadas de conversión forzosa a títulos representativos de su capital y de obtención de créditos a corto plazo, en tanto se realiza la colocación de acciones con motivo de la incorporación o fusión a que se refiere el artículo 10 de esta Ley.

La emisión de obligaciones subordinadas se sujetará a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley de Instituciones de Crédito.

53. R0524. Circular No. 1158 dirigida a las sociedades controladoras de grupos financieros sujetos a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de fecha 24 de septiembre de 1992.

54. R0525-0647. Circular No. 1384 dirigida a las sociedades controladoras de grupos financieros sujetos a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de fecha 14 de noviembre de 1997.

Las obligaciones subordinadas de conversión obligatoria deberán presentarse bajo un solo rubro dentro del capital contable de las sociedades controladoras de grupos financieros, incluyendo los intereses devengados de las mismas.

Los rubros mínimos que deberán contener los estados financieros son los siguientes:

- a) Capital contribuido:
- capital social;
 - prima en venta de acciones; y,
 - obligaciones subordinadas de conversión forzosa a capital.⁵⁵

[Énfasis propio]

62. El apartado “D”, referente a los estados financieros básicos de las sociedades controladoras de grupos financieros, trata en el criterio “D-1” lo concerniente al estado de contabilidad o balance general. Señalaba:

El presente criterio tiene por finalidad establecer las características generales, así como la estructura que debe tener el estado de contabilidad o balance general (balance general), tanto individual como el consolidado del grupo financiero. Asimismo, se establecen lineamientos mínimos cuyo objetivo es homologar la presentación de este estado financiero entre dichas entidades, y de esta forma incrementar la comparabilidad del mismo.

...

Objetivo del balance general

El balance general tiene por objetivo presentar el valor de los bienes y derechos, de las obligaciones reales y contingentes, así como el patrimonio de una sociedad controladora a una fecha determinada

...

Conceptos que integran el balance general

En un contexto amplio, los conceptos que integran el balance general son: activos, pasivos y capital contable, entendiendo como tales a los conceptos así definidos... [por el] Instituto Mexicano de Contadores Públicos (IMPC)...⁵⁶

63. La Circular establecía los rubros mínimos que se debían incluir en el balance general para los activos, pasivos y capital contable, incluidos, para éste último el capital contribuido y el

55. R-0569. Id., p. 31.

56. R-0609-0610. Id., p. 63-64.

capital ganado⁵⁷, de acuerdo con el criterio “B-5” ya mencionado. Congruente con ello y al igual que la circular 1158, el modelo de balance general clasificaba las obligaciones subordinadas de conversión forzosa en acciones dentro de las cuentas de capital contable⁵⁸.

64. En el criterio “D-3” referente al estado de variaciones en el capital contable, la Circular establecía:

Antecedentes

La información debe cumplir, entre otros, con el fin de reportar las modificaciones en la inversión de los accionistas durante un periodo contable definido, requiriéndose el establecimiento, mediante criterios específicos, de los objetivos y estructura general que debe tener el estado de variaciones en el capital contable.

...

Movimientos inherentes a las decisiones de los accionistas

Dentro de este tipo de movimientos se encuentran aquéllos directamente relacionados con las decisiones que, a través de asambleas de accionistas, tomen los mismos respecto a su inversión en la sociedad controladora. Algunos ejemplos de este tipo de movimientos son los siguientes:

- a) emisión de acciones o de obligaciones subordinadas de conversión forzosa a capital...⁵⁹

65. En forma similar, en el criterio “D-4” relativo al estado de cambios en la situación financiera, equiparaba a las obligaciones subordinadas de conversión forzosa en capital con las aportaciones o reembolsos de capital y la capitalización de pasivos, sin distinguir, para efectos contables, entre la emisión y la amortización de las obligaciones⁶⁰.

66. En cumplimiento de tales disposiciones, GF Bancrecer ajustó su contabilidad a los criterios de la CNBV. Las obligaciones subordinadas convertibles forzosamente en acciones que adquirió la demandante quedaron contabilizadas en las cuentas del capital contable de la sociedad durante todo el periodo relevante, según se desprende de sus estados financieros.

67. En efecto, en el “Estado de Contabilidad” a partir del 30 de septiembre de 1995, reporta las obligaciones subordinadas de conversión forzosa en acciones, bajo el rubro “Capital y Reservas” (a partir del Balance General al 31 de diciembre de 1995, en el grupo 42)⁶¹. Los Estados de Contabilidad mensuales a partir de esa fecha incorporan la siguiente nota al calce:

57. R-0612. Id., p. 66.

58. R-0615-0616. Id., pp. 69 y 70.

59. R-0635. Id., p. 87. Véase también pp. 88 a la 92. R-0636-0639.

60. R-0644, R-0647. Id., pp. 96 y 99.

61. R-0201. Estados de Contabilidad mensuales a partir del 31 de agosto de 1995, incluidos en el Balance General al 31 de diciembre de 1995.

EL PRESENTE ESTADO DE CONTABILIDAD Y EL ESTADO DE RESULTADOS QUE LE ES RELATIVO SE FORMULARON DE ACUERDO CON LAS REGLAS DE AGRUPACIÓN DICTADAS POR LA COMISIÓN NACIONAL BANCARIA, ENCONTRÁNDOSE REFLEJADAS EN SU CONJUNTO LAS OPERACIONES EFECTUADAS POR ESTA SOCIEDAD HASTA LA FECHA MENCIONADA, LAS CUALES SE REALIZARON CON APEGO A LAS NORMAS LEGALES Y ADMINISTRATIVAS APLICABLES Y FUERON REGISTRADAS EN LAS CUENTAS QUE CORRESPONDE CONFORME AL CATÁLOGO AUTORIZADO EN VIGOR. TANTO EL ESTADO FINANCIERO COMO LOS RESULTADOS QUE EN ÉL SE MUESTRAN FUERON APROBADOS POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE ESTA SOCIEDAD QUE AUTORIZÓ SU PUBLICACIÓN BAJO LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS QUE LOS SUSCRIBEN.⁶²

[Énfasis propio]

68. Más aún, tanto el Dictamen de los Auditores Independientes como el Dictamen del Comisario de la sociedad a los estados financieros para cada ejercicio fiscal de 1995 a 1999 precisan:

1. Como se explica en la Nota 2, el Grupo Financiero está obligado a preparar y presentar sus estados financieros con base en los criterios y las reglas contables emitidos por la Comisión [Nacional Bancaria y de Valores] los cuales, por lo que respecta al Grupo Financiero, no coinciden con los principios de contabilidad generalmente aceptados en el caso que se indica en dicha Nota.⁶³

[Énfasis propio]

69. La Nota 2 indica:

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores (la Comisión) es el Organismo que tiene la facultad de establecer los criterios y las reglas contables que deben observar las sociedades controladoras de agrupaciones financieras, prevaleciendo ciertas diferencias en relación con los principios de contabilidad generalmente aceptados en México (PCGA), en lo aplicable al Grupo Financiero la principal diferencia consiste en la presentación en el capital contable de las obligaciones subordinadas de conversión obligatoria a capital.⁶⁴

[Énfasis propio]

62. R-0202. Id.

63. R-0334, R-0336. Véase también R-0259, R-0261; R-0277, R-0279; R-0298, R-0299; R-0355, R-0357. Estados Financieros auditados para los ejercicios fiscales de 1995 a 1999.

64. R-0365. Véase también R-0267; R-0286; R-0306; R-0343. Id.

IV. ARGUMENTO JURÍDICO

A. Principios de interpretación

70. El artículo 1131 del TLCAN requiere que este Tribunal decida las cuestiones controvertidas de conformidad con el TLCAN y las reglas aplicables del derecho internacional. Al interpretar el TLCAN, el Tribunal debe aplicar las reglas de interpretación del derecho internacional público, según se establecen en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“Convención de Viena”), que han sido aceptadas como un reflejo del derecho internacional consuetudinario. Los tribunales arbitrales establecidos conforme al TLCAN así lo han admitido⁶⁵. El Tribunal establecido al amparo del TLCAN en el caso *S.D. Myers v. The Government of Canada* señaló:

Al interpretar el TLCAN, el Tribunal debe comenzar por identificar el sentido corriente de los términos en el contexto en el que aparezca y también debe tomar debidamente en cuenta el objeto y propósito del tratado. El contexto para los propósitos de la interpretación de un tratado incluye su preámbulo y anexos.⁶⁶

71. Este Tribunal así lo reconoce en su Orden Procedimental No. 1 del 19 de septiembre de 2002.

72. Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena disponen:

Artículo 31. Regla general de interpretación

65. R-0R-0965-0967. Cfr. *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, Award on Jurisdiction del 24 de junio de 1998, párrafos 51 al 52: “*The applicable rules of international law include the Vienna Convention on the Law of Treaties (“Vienna Convention”), done at Vienna, May 23, 1969, entered into force, January 27, 1980, 1155 U.N.T.S. 331, reprinted in 8 I.L.M. 679 (1969), in particular Articles 31 and 32... Canada is a party to the Vienna Convention, having acceded to it on 14 October 1970, and the United States accepts it as a correct statement of customary international law. Moreover, given that 84 States are parties to the Vienna Convention (as of 15 April 1998), and that Articles 31 and 32 ‘were adopted without a dissenting vote,’ these Articles clearly ‘may be considered as declaratory of existing law.’*” (citando a Eduardo Jiménez de Aréchaga, se omiten las notas al pie de página); R-1001-1002. *Waste Management, Inc. c. Los Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2), Laudo Arbitral del 2 de junio de 2000, § 9: “El contenido de este artículo permite a este Tribunal de Arbitraje guiarse, en su interpretación, de las reglas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados abierta a la firma el 23 de mayo de 1969 que establece la regla general de la interpretación de los tratados en su artículo 31...”; R-1065 *S.D. Myers, Inc. v. The Government of Canada*, Partial Award del 13 de noviembre de 2000, párrafo 202: “*In interpreting the NAFTA the Tribunal must start by identifying the plain and ordinary meaning of the words in the context in which they appear and also must take due account of the object and purpose of the treaty. The context for the purpose of interpretation of a treaty includes its preamble and any annexes.*”; R-1143-1145. *Methanex v. The United States of America*, First Partial Award del 2 de agosto de 2002, párrafo 97 y ss: “*Article 31(1): The first general principle relates to the interpretation of the NAFTA provisions at issue. As was common ground between the Disputing Parties, each provision was to be interpreted ‘in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose’, in accordance with customary international law rules reflected in Article 31(1) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*”.

66. R-1065. *S.D. Myers, Inc. v. The Government of Canada*, Id.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

(a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

(b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

(a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones;

(b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

(c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

(a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

(b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.⁶⁷

73. Por consiguiente, el punto de partida para interpretar el TLCAN lo constituye el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en su contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin del propio tratado. Es así que:

...el primer deber de un tribunal al que se hubiese requerido interpretar y aplicar las disposiciones de un texto era esforzarse por dar efecto a los términos utilizados en el contexto en el que surgieron, atribuyéndoles su significado natural y corriente. En este caso, no hubo dificultad en confirmar el significado natural y corriente de los términos en

67. R-0748-0783. Decreto por el que se promulga la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975. Para México entró en vigor el 27 de enero de 1980.

cuestión, y en darles efecto. Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Corte considera que no es permisible que recurra a los trabajos preparatorios.⁶⁸

74. Sólo debe recurrirse a medios de interpretación complementarios en las condiciones especificadas en el artículo 32 de la Convención de Viena.

B. Las medidas reclamadas están regidas por el capítulo XIV

1. Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V. es una institución financiera para los efectos del capítulo XIV del TLCAN

75. La demandante es un inversionista que realizó una inversión en obligaciones subordinadas, forzosamente convertibles en acciones, emitidas por GF Bancrecer. La demandante lo admite en su aviso de intención de someter una reclamación a arbitraje de fecha 30 de noviembre de 2000, así como en su notificación de arbitraje fechada el 30 de octubre de 2001.

76. GF Bancrecer se constituyó en agosto de 1992 en los términos de los artículos 7, 15 y 16 de la LRAF, y en octubre del mismo año obtuvo la autorización de la SHCP para la constitución y funcionamiento de grupos financieros que exige el artículo 6 de la LRAF. El objeto de la LRAF es regular “las bases de organización y funcionamiento de los grupos financieros”⁶⁹.

77. Durante todo el período relevante, GF Bancrecer fue una sociedad controladora de un grupo financiero integrado, también, por diversas entidades financieras dedicadas a la banca comercial (instituciones de banca múltiple), factoraje financiero, arrendamiento financiero, divisas y seguros. De acuerdo con la autorización de la SHCP y el artículo 30 de la LRAF, GF Bancrecer estaba sujeta a la inspección y vigilancia de la CNBV.

78. En términos simples, GF Bancrecer es, con toda claridad, una institución financiera en los términos del artículo 1416 del TLCAN:

institución financiera significa cualquier intermediario financiero u otra empresa que esté autorizada para hacer negocios y esté regulada o supervisada como una institución financiera conforme a la legislación de la Parte en cuyo territorio se encuentre ubicada;⁷⁰

68. R-1193-1194. Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado a las Naciones Unidas, 1950 C.I.J. 4, 8 (Opinión de consulta del 3 de marzo).

69. R-0427. Artículo 1 de la LRAF.

70. El artículo 201 del TLCAN define “empresa” como “cualquier entidad constituida u organizada conforme a la legislación vigente, tenga o no fines de lucro y sea propiedad privada o gubernamental, incluidas cualquiera sociedades...”. Una sociedad controladora de un grupo financiero es una sociedad anónima (empresa) cuyo objeto social es adquirir y administrar las acciones de las entidades financieras que integran el propio grupo.

2. La obligaciones subordinadas de conversión forzosa en acciones son una “inversión” de acuerdo con la definición específica establecida en el artículo 1416

79. El artículo 1416 del tratado también define “inversión” para los efectos del capítulo XIV:

inversión significa “inversión” como se define en el Artículo 1139, “Inversión - Definiciones”, excepto que, respecto a “préstamos” e “instrumentos de deuda” incluidos en ese artículo:

- (a) un préstamo otorgado a una institución financiera o un instrumento de deuda emitido por una institución financiera es una inversión sólo cuando sea tratado como capital para efectos regulatorios por la Parte en cuyo territorio está ubicada la institución financiera, y
- (b) un préstamo otorgado por una institución financiera o un instrumento de deuda propiedad de una institución financiera, salvo por un préstamo a una institución financiera o un instrumento de deuda de una institución financiera a que hace referencia en el inciso (a), no es una inversión;

para mayor certidumbre:

- (c) no constituyen inversión un préstamo a una Parte o a una empresa del Estado de la Parte, ni un instrumento de deuda emitido por una Parte o por una empresa del Estado de la Parte.
- (d) un préstamo otorgado por, o un instrumento de deuda propiedad de un prestador de servicios financieros transfronterizos, salvo por un préstamo a, o un instrumento de deuda emitido por una institución financiera, es una inversión, si dicho préstamo o instrumento de deuda cumple con los criterios para las inversiones establecidos en el Artículo 1139...⁷¹

80. El sentido corriente del término “capital” es:

71. El artículo 1139, en su parte relevante, define inversión de la siguiente forma:

inversión significa...

- (c) instrumentos de deuda de una empresa:
 - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años,

pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;

- (d) un préstamo a una empresa,
 - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años,

pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento...

Hacienda, caudal, patrimonio...

Conjunto de bienes materiales aportados por los socios fundadores al constituir una empresa y eventualmente los accionistas.⁷²

Se trata, pues, del “capital social” o “capital contable” de una institución financiera, que es lo que refleja su patrimonio.

81. Para el derecho mexicano:

El *capital social* es el conjunto de bienes propios (fondo patrimonial) del ente social, constituido por el valor inicial en dinero de las aportaciones de los accionistas (personas físicas o morales) que lo forman. Su valor permanece inmutable durante la vida de la sociedad, salvo los aumentos y disminuciones acordados por los socios. Según el concepto clásico, es una entidad *formal* y una expresión invariable y cristalizada de valor que refleja el balance

...

Capital contable o patrimonio social. Es la diferencia entre el activo y el pasivo de la sociedad. Está constituido por: 1. El capital social pagado. 2. Otras aportaciones de los socios y asociados. 3. Utilidades retenidas en el negocio: A. Aplicadas o separadas específicamente (reserva legal y estatutaria): a) con fines específicos determinados; b) con finalidades generales; A. [sic] Sin aplicación especial. 4. Revaluaciones de activos y pasivos. 5. Aportaciones no reembolsables hechas por terceros. 6. Utilidad del ejercicio. En suma, el capital contable es igual a capital social pagado más *superávit* (utilidades retenidas y resultados del ejercicio), menos *déficit* pérdidas.⁷³

82. El término “regulatorio” deriva de “regular”, que en su acepción corriente, significa: “Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse una persona o cosa”⁷⁴.

83. De tal manera, de acuerdo con el sentido corriente de los términos en cuestión, los préstamos e instrumentos de deuda están cubiertos por la definición de inversión del artículo 1416 cuando, no obstante su naturaleza de pasivos, las autoridades financieras, a través de las reglas a las que están sujetas las instituciones financieras, los tratan como parte del capital de la sociedad, es decir, como integrante del patrimonio de la institución.

84. El inciso (a) de la definición de inversión del artículo 1416 requiere que el Tribunal analice la legislación de la Parte del TLCAN demandada para determinar cómo se considera al instrumento de deuda en cuestión. Si es “tratado como capital para efectos regulatorios por la Parte en cuyo territorio está ubicada la institución financiera”, entonces es una inversión para los efectos del capítulo XIV.

72. R-1198. Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*. 21^a ed., Ed. Espasa Calpe, 1992, p. 400.

73. R-1203-1206. Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Diccionario Jurídico Mexicano*. 2^a ed., Eds. UNAM y Porrúa, México, D.F., 1987, pp. 406 a la 409.

74. R-1199. Real Academia Española, *op. cit.* 1758.

85. De acuerdo con la legislación mexicana y las reglas de contabilidad específicas emitidas por la entidad regulatoria competente en México —CNBV—, la inversión de la demandante está claramente comprendida en el inciso (a) de la definición de inversión del artículo 1416. Por consiguiente, es una inversión en una institución financiera en el ámbito del capítulo XIV del TLCAN.

C. Conclusión

86. En suma, está fuera de toda controversia que durante todo el periodo relevante GF Bancrecer era una institución financiera ubicada en territorio mexicano, autorizada para hacer negocios, regulada y supervisada como institución financiera conforme a la legislación mexicana (Cf. la definición de “institución financiera” del artículo 1416). También es claro que la inversión específica de la demandante —las obligaciones subordinadas forzosamente convertibles en acciones representativas del capital social de GF Bancrecer— era una inversión en los términos del artículo 1416: “un instrumento de deuda emitido por una institución financiera... tratado como capital para efectos regulatorios” por México.

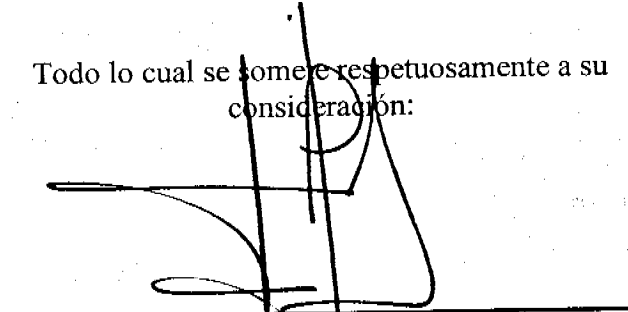
87. De las disposiciones del TLCAN que la demandante alega han sido incumplidas por la demandada, únicamente el artículo 1110, en los términos de su incorporación al capítulo XIV, puede ser objeto de reclamación conforme al propio capítulo XIV. Por consiguiente, las reclamaciones de violación a los artículos 1405, 1102 y 1105 deben desecharse por no estar comprendidas en el ámbito del consentimiento de México —ni en el de la demandante misma— para someterse a arbitraje y, en consecuencia, estar fuera de la competencia del Tribunal.

88. México no ha consentido, ni consiente, en someter esas reclamaciones a arbitraje. Al estar excluidos los artículos 1102 y 1105 de aquellos del capítulo XI que se incorporan al capítulo XIV por virtud del artículo 1401(2), la demandante tampoco puede pretender consentir en someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que una Parte ha denegado trato nacional o el nivel mínimo de trato a su inversión en una institución financiera de la Parte. Tampoco puede presentar una reclamación de una presunta violación al artículo 1405 porque esta disposición no está sujeta del todo al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, y sólo puede invocarla una Parte del TLCAN a través del procedimiento Estado-Estado previsto en el capítulo XX del tratado.

V. PETICIÓN

En virtud de lo expuesto, México respetuosamente sostiene que este Tribunal debe declinar competencia sobre las reclamaciones de violación a los artículos 1102, 1105 y 1405.

Todo lo cual se somete respetuosamente a su
consideración:



Hugo Perezcano Díaz
Consultor Jurídico y Representante Legal
de la parte demandada,
Los Estados Unidos Mexicanos

21 de octubre de 2002